

Gedragscode voor de omgang met belangenverstrengeling bij aanbestedingen.

De ontwikkelingen in het (Europese) recht, de toegenomen aandacht voor integriteitsvraagstukken, de verandering in de benadering van marktpartijen hebben geleid tot een toename van aandacht voor het thema belangenverstrengeling. Vanuit zowel de eigen organisatie als vanuit de markt rijzen vragen over wat in dit kader nu wel en wat niet is toegestaan.

Definitie:

Belangenverstrengeling of belangenvermenging is een situatie waarbij een natuurlijk persoon en/of rechtspersoon meerdere belangen dient die een zodanige invloed op elkaar kunnen uitoefenen dat de integriteit ten aanzien van het ene of het andere belang in het geding komt.

De gemeente Zuidplas hecht veel waarde aan een zorgvuldige omgang met integriteitsvraagstukken, waaronder begrepen de omgang met belangenverstrengeling en voorkennis. In dat kader is een eerste aanzet opgesteld tot het voorkomen van belangenverstrengeling en voorkennis rond aanbestedingen (het plaatsen van een overheidsopdracht in de markt). De uitvoeringsfase valt buiten de scope.

Naast deze eerste aanzet dient eveneens acht te worden geslagen op de relevante wet- en regelgeving, zoals de Aanbestedingswet en het Inkoop en aanbestedingsbeleid van de Gemeente Zuidplas. Belangrijke beginselen die in de Aanbestedingswet zijn opgenomen en die in alle fasen van het inkoopproces een rol spelen zijn: het transparantiebeginsel, gelijkheidsbeginsel en proportionaliteitsbeginsel. Het proportionaliteitsbeginsel is verder uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit. Op grond van het aanbestedingsbesluit geldt deze Gids als verplicht richtsnoer voor aanbestedende diensten.

1. Belangenverstrengeling

Indien een inschrijvende marktpartij- dat wil zeggen de inschrijver inclusief zijn eventuele adviseurs, onderaannemers en leveranciers- betrokken is, of was, bij de voorbereiding van een project of de aanbesteding of de beoordeling van de inschrijvingen kan er sprake zijn van belangenverstrengeling. Dit kan de eerlijke concurrentie schaden, aangezien deze partij:

- a) Kan inschrijven met voorkennis;
- b) De opdracht, de aanbesteding of de gunning kan manipuleren.

Voorkennis in dit verband is kennis van vertrouwelijke, aanbestedingsgevoelige informatie van de gemeente die de inschrijvende marktpartij bij de aanbesteding een concurrentievoordeel kan geven.

De opdrachtgever uit de gemeentelijke organisatie kan het risico van het ontstaan van voorkennis beperken door een heldere scheiding aan te brengen tussen vertrouwelijke aanbestedingsgevoelige informatie en informatie die niet vertrouwelijk hoeft te zijn. Het gaat in beginsel om rubricering van twee soorten informatie:

- Niet-vertrouwelijke informatie waarover eenieder binnen en buiten de gemeente mag beschikken;
- Vertrouwelijke informatie waarover alleen de medewerkers van het project, die deze informatie nodig hebben voor hun werk, mogen beschikken (over informatie die direct met de gunningsprocedure te maken heeft mag slechts een kleine groep beslissers beschikken).

Ten aanzien van niet-vertrouwelijke informatie is de gemeente actief transparant, ten aanzien van de vertrouwelijk informatie dient de gemeente waarborgen te scheppen voor deze vertrouwelijkheid. Op die manier kan de gemeente de kans op het ontstaan van voorkennis beperken.

Met betrekking tot de vraag welke informatie vertrouwelijk moet zijn is aansluiting gezocht bij de Wet Open Overheid). De WOO bepaalt dat alle informatie openbaar is, tenzij deze valt onder de

uitzonderingsgronden. Alle informatie die de gemeente van bedrijven ontvangt in het kader van inschrijving op een aanbesteding is vertrouwelijk (art.5.1 lid 1, sub c WOO).

Er dient in het kader van belangenverstrengeling onderscheid gemaakt te worden tussen betrokkenheid van een inschrijvende marktpartij bij de projectvoorbereiding en betrokkenheid bij de aanbestedingsvoorbereiding.

In beginsel geldt dat projectvoorbereiding niet vertrouwelijk is, terwijl aanbestedingsvoorbereiding in beginsel wel vertrouwelijk is. Bij vertrouwelijke informatie in het kader van de aanbestedingsvoorbereiding kan gedacht worden aan raming, financiële modellen, risicoanalyses, beprijzing of de wijze van marktbenadering, en het opstellen van technische specificaties.

Als gevolg van

- a) Het toenemende gebruik van geïntegreerde contracten, waarbij ontwerp en uitvoering in een hand liggen en
- b) Er bij de inhuur van medewerkers met een bepaalde specifieke kennis vaak gebruik wordt gemaakt van gespecialiseerde marktpartijen die ook als gegadigden./inschrijvers bij aanbestedingen zijn,

bevinden marktpartijen zich steeds vaker in de situatie dat zij en werkzaamheden verrichten voor de gemeente d.m.v het beschikbaar stellen van personeel en als de gegadigden./inschrijvers bij aanbestedingen. Deze ontwikkeling heeft ertoe geleid tot een toegenomen belang van een heldere scheiding van belang.

Waarom aandacht voor de omgang met belangenverstrengeling.

2. Gelijk speelveld.

Indien voorkennis de uitkomst van de aanbesteding kan bepalen of beïnvloeden, hebben marktpartijen er belang bij deze kennis te vergaren. Alsdan zullen marktpartijen dan ook proberen deze kennis te verwerven. Immers levert dit voor die partijen een voordeel op ten opzichte van overige concurrerende marktpartijen. Indien dit aan de orde is, kan voorkennis de open en eerlijke mededinging ondermijnen. Dit levert direct gevaar voor de kwaliteit van de concurrentie, alsmede voor de integriteit van de organisatie van de gemeente en de deelnemende marktpartijen. Voor de concurrentie is het van belang dat er sprake is van een gelijk speelveld voor alle betrokkenen, waardoor partijen worden gestimuleerd onderscheidend en innovatief tegen de beste prijs kwaliteit verhouding te zijn. Een duidelijk beleid ten aanzien van belangenverstrengeling en voorkennis speelt hierbij -naast andere factoren zoals aanwezigheid van voldoende, beschikbare toeleveranciers en onderaannemers- een prominente rol.

Aanbestedingswet 2012/EG-recht en belangenscheiding bij aanbesteding.

Artikel 1.12 lid 1 Aanbestedingswet bepaalt het navolgende:

Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze.

Onderdeel hiervan is de beschikbaarheid van dezelfde informatie op hetzelfde moment voor alle inschrijvers. Een heldere beleidslijn die hieraan voldoet, zou zijn dat een marktpartij die betrokken is bij de voorbereiding van een project of aanbesteding niet meer mag inschrijven op de aanbesteding voor de realisatie van het betreffende project.

Echter, deze strenge beleidslijn is niet verenigbaar met op 3 maart 2005 door het Europese Hof van Justitie gewezen "Fabricom"-arrest.

Op grond van dit arrest moet de aanbestedende dienst de marktpartij die betrokken was bij de voorbereiding van het project in de gelegenheid stellen om aan te tonen dat zijn betrokkenheid bij de

voorbereiding geen gevaar oplevert voor de concurrentie. De rechtspraak laat evenwel na de beoordelingscriteria voor wat toelaatbaar is voor wat betreft de betrokkenheid bij de voorbereiding volledig in te vullen. Het is derhalve aan de gemeente aan te geven in welke gevallen een inschrijving van een partij die bij de voorbereiding betrokken was, maar waarvan kan worden vastgesteld dat geen sprake is of kan zijn van voorkennis wordt geaccepteerd en in welke gevallen niet en deze betrokkenheid leidt tot uitsluiting.

Op grond van het vorenstaande is het dan ook een gemeenschappelijk belang van aanbestedende diensten en marktpartijen om in dit kader goed, werkbare afspraken te maken. Daarbij zijn de navolgende vragen van belang:

- Welke mate van betrokkenheid bij de projectvoorbereiding, de aanbestedingsvoorbereiding of de beoordeling van de inschrijvingen van een inschrijver zal een andere inschrijver nog net bereid zijn te accepteren ?;
- Welk beleid van de gemeente geeft marktpartijen voldoende vertrouwen in de eerlijkheid van de door de gemeente geregisseerde concurrentie ?;
- Hoe borgt de gemeente de maximale marktwerking bij een inkooptraject ?.

3. Beleidslijn

Het zijn natuurlijke personen die beschikken over kennis en daarmee over mogelijke voorkennis. Natuurlijke personen maken veelal deel uit van grotere verbanden. Deze grotere verbanden moeten dan ook als belanghebbend worden aangemerkt. Daarbij dient is eerste instantie te worden gedacht aan rechtspersonen waarmee de natuurlijk persoon een arbeids- of opdrachtrelatie mee heeft of als tussenpersoon fungeert om die natuurlijke persoon beschikbaar te stellen aan aanbestedende dienst. Daarbij dient ook gedacht te worden aan groepsverband (concern) waartoe die onderneming behoort (onderneming in economische zin). Met andere woorden, er zijn 3 niveaus waarmee rekening gehouden moet worden voor wat betreft beleid ten aanzien van belangenverstrengeling:

1. De natuurlijk persoon;
2. De onderneming (rechtspersoon) waarvoor de natuurlijk persoon werkzaamheden verricht uit hoofde van een arbeids- of opdrachtovereenkomst of anderszins.
3. De groep waartoe de hiervoor onder 2 genoemde onderneming behoort, waaronder "groep" wordt verstaan een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen verbonden zijn (concern). Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep verbonden zijn (art. 2:24b Burgerlijk Wetboek).

Betrokkenheid bij het opstellen van de kostenraming of beoordeling van de inschrijvingen:

De gemeente staat nimmer toe dat een onderneming die betrokken is bij het opstellen van de kostenraming of die deelneemt aan de beoordeling tevens zelf inschrijft op de aanbesteding waar deze onderneming betrokken is bij de beoordeling. Evenmin staat de gemeente toe dat een (dochter-)vennootschap¹ uit een concern deelneemt aan de beoordeling van inschrijvingen, inschrijft op de aanbesteding waar deze beoordeling op ziet.

Voorbeeld

Adviseur I heeft een bijdrage geleverd aan de (financiële) beoordeling van de te kiezen contractvorm. Op grond van deze berekeningen van de adviseur heeft de gemeente een bepaalde contractvorm gekozen. Het is niet toegestaan dat adviseur I inschrijft op de betreffende aanbesteding. Evenmin is het toegestaan dat de onderneming waarvoor adviseur I werkt c.q. door

¹ Iedere vorm van deelneming wordt hieronder begrepen.

adviseur I wordt geadviseerd inschrijft op deze aanbesteding noch een andere onderneming uit het concern waarvan de betreffende onderneming deel uit maakt inschrijft op deze aanbesteding.

Betrokkenheid bij de aanbestedingsvoorbereiding:

Uitgangspunt van de gemeente is dat een onderneming die betrokken was bij de voorbereiding van een aanbesteding alleen wordt uitgesloten indien er geen andere middelen zijn om naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. Meer concreet betekent dit het volgende:

De gemeente staat niet toe dat een onderneming die met inzet van een bepaalde persoon deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding inschrijft op deze aanbesteding met de inzet van dezelfde persoon. Hierbij maakt het geen verschil of de persoon als medewerker van de onderneming was betrokken, dan wel als adviseur door middel van onderaanneming).

Op basis van vooraf door de gemeente getoetst Beschermingsplan is het toegestaan dat een onderneming die met inzet van een bepaalde persoon (A) deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding met de inzet van een andere persoon (B) inschrijft op de aanbesteding.

Op basis van een vooraf door gemeente getoetst Beschermingsplan is het toegestaan dat een onderneming uit het concern/de groep waarvan de andere onderneming deelnam aan de aanbestedingsvoorbereiding inschrijft op de aanbesteding.

Een onderneming die wil deelnemen aan de aanbestedingsvoorbereiding kan voorkomen dat zij door de gemeente wordt uitgesloten bij inschrijving van de door haar voorbereide aanbesteding c.q. kan voorkomen dat een andere onderneming uit de groep waartoe onderneming behoort door de gemeente wordt uitgesloten, door voorafgaand aan haar deelname aan de aanbestedingsvoorbereiding te beschikken over een door de gemeente goedgekeurd en door de onderneming aantoonbaar gehandhaafd Beschermingsplan.

Indien een mede-gegadigde bij de aanbesteding ondanks door het door de gemeente goedgekeurde Belangenbeschermingsplan met succes in rechte zou betogen dat er sprake is van belangenverstrengeling en dat de gemeente om die reden alsnog moet uitsluiten, heeft de onderneming uitdrukkelijk geen recht op vergoeding van enigerlei kosten c.q. schade. De onderneming heeft door haar deelname aan de aanbestedingsprocedure dit risico zelf opgeroepen.

Voor het geval een onderneming in strijd handelt met haar door de gemeente goedgekeurde Belangenbeschermingsplan, waardoor er sprake is van belangenverstrengeling, zal de gemeente dit overeenkomstig artikel 41 richtlijn 2014/24 (aanbestedingsrichtlijn Werken, Levering en Diensten) beschouwen als een ernstige fout in de beroepsuitoefening. Deze onderneming zal alsnog door de gemeente worden uitgesloten van deelneming

Betrokkenheid bij de projectvoorbereiding:

De gemeente staat toe dat een onderneming die deelnam aan de projectvoorbereiding inschrijft op de aanbesteding op voorwaarde dat de volledige projectvoorbereidingsinformatie tijdig en op toegankelijk wijze gedeeld wordt met de gemeente en de andere inschrijvers. Hierbij dient de onderneming die deelnam aan de projectvoorbereiding na te gaan of de volledige projectvoorbereidingsinformatie ook daadwerkelijk ter beschikking is gesteld aan de andere inschrijvers. Indien dit naar de mening van de onderneming niet het geval is, dient de onderneming de gemeente hieromtrent tijdig te informeren.

De informatie die wordt verkregen en dient te worden gedeeld, kan worden onderverdeeld in voor de overeenkomst relevante informatie en voor de overeenkomst niet-relevante informatie. De voor de aan te besteden opdracht relevante informatie zal door de gemeente worden gevoegd bij de aanbestedingsdocumenten. Informatie die door betreffende marktpartij wordt verkregen, maar die niet direct van belang is voor die opdracht, wordt door de gemeente op internet geplaatst en is aldus voor een ieder openbaar. Doordat de betreffende informatie openbaar toegankelijk is, kan er van ongeoorloofde kennisvoorsprong door deze informatie geen sprake (meer) zijn.

Voorbeeld

*Binnen de gemeente is een projectgroep samengesteld om samen met de markt een standpunt te bepalen rondom de aanbesteding van een bepaald product. Tot de leden van de projectgroep horen naast de medewerkers in dienst van de gemeente een advocaat * en 2 adviseurs ***

*Advocaat * wil de garantie dat hij niet wordt uitgesloten van de toekomstige aanbesteding van het project vanwege zijn betrokkenheid bij de projectgroep. De gemeente verstrekt die garantie niet. Vanwege de betrokkenheid bij de projectvoorbereiding geldt dat er een vermoeden van voorkennis voor advocaat *. Advocaat * dient aan te tonen dat zijn inschrijving op de aanbesteding de mededinging niet kan schaden. Dit kan door alle verkregen informatie te delen met alle medegedagden en de gemeente.*

Indien de projectgroep ook wordt ingezet voor de aanbestedingsvoorbereiding, kan advocaat niet langer deelnemen aan de aanbesteding. Voor alle medewerkers van de onderneming waar advocaat* werkt geldt een vermoeden van voorkennis. De onderneming wordt in de gelegenheid gesteld dit vermoeden weg te nemen door het opstellen en naleven van een Belangenbeschermingsplan. Met een goedgekeurd Belangenbeschermingsplan is het voor deze onderneming mogelijk deel te nemen aan de aanbesteding met de inzet van een andere persoon dan advocaat*.*

Voorbeeld:

*De beide adviseurs ** zijn beiden verbonden aan onderneming @. Bij deze onderneming @ werkt ook adviseur ***. In het kader van de werkzaamheden voor de projectgroep worden beide adviseurs** betrokken bij de aanbestedingsvoorbereiding van een opdracht. Kan onderneming @ deelnemen aan de aanbesteding van de gemeente met inzet van adviseur***?*

Antwoord:

*Nee, tenzij er ten genoegen van de gemeente een Belangenbeschermingsplan wordt opgesteld, waarin door onderneming @ de nodige maatregelen worden genomen teneinde belangenverstrengeling te voorkomen. De te nemen maatregelen kunnen onder meer bestaan uit de fysieke scheiding van de beide adviseur** en adviseur***, het laten ondertekenen van geheimhoudingsverklaring door beide adviseurs ** en de onderneming waarvoor zij werkzaam zijn. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval welke maatregelen door de gemeente worden geacht.*

Mogelijke inhoud van het Belangenbeschermingsplan

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat zich situaties voor kunnen doen waarbij het mogelijk is deel te nemen aan een aanbesteding op basis van een vooraf akkoord bevonden Belangenbeschermingsplan. Dit Belangenbeschermingsplan kan verschillende ingrediënten bevatten, zoals geheimhoudingsverklaringen, "Chinese walls", interne gedragscodes, het aanstellen van compliance officers en periodieke controle van de maatregelen door onafhankelijke auditors.

Onder meer de volgende maatregelen kunnen worden genomen teneinde te waarborgen dat de mededinging niet wordt vervalst:

- Het tekenen van geheimhoudingsverklaringen, waarbij tevens clausules zijn opgenomen voor het geval van uitdiensttreding gedurende dan wel voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure;
- De (statutair) bestuurder van een onderneming tekent een verklaring waarin staat dat deze onderneming de geheimhoudingsverplichting van haar werknemers en/of adviseurs volledig zal respecteren en ondersteunen;
- Organisatorische scheiding tussen werknemers, zonodig tot op directieniveau (de werknemers vallen niet onder de verantwoording van dezelfde directeur);
- Er is een fysieke (kennis-)scheiding tussen de werknemers die betrokken zijn (geweest) bij de aanbestedingsvoorbereiding en de werknemers die betrokken zijn bij de inschrijving op de aanbesteding;
- Werknemers die betrokken zijn (geweest) bij de voorbereiding van de aanbesteding en werknemers die betrokken zijn bij de inschrijving op de aanbesteding gebruiken niet hetzelfde ICT-netwerk althans anders geautoriseerd zijn;
- De onderneming voert een actief beleid ten aanzien van het voorkomen van belangenverstrengeling;
- Een onafhankelijke derde toetst periodiek het actieve beleid van de onderneming ten aanzien van het voorkomen van belangenverstrengeling. Van deze toets wordt verslag gedaan in het jaarverslag;
- Een onafhankelijke derde toetst periodiek het actieve beleid van de onderneming ten aanzien van het voorkomen van belangenverstrengeling en rapporteert hieromtrent aan gemeente
- Groepsmaatschappijen tekenen allen een verklaring waarin zij aangeven onderling geen informatie uit te wisselen over het project en de maatregelen die zijn getroffen om dit te voorkomen.

Het is aan de betrokken marktpartij te bepalen en door de gemeente goed te keuren welke maatregelen in het concrete geval vereist zijn teneinde (de schijn van) belangenverstrengeling tegen te gaan. Een goedgekeurd Belangenbeschermingsplan dient uiteraard zorgvuldig door de onderneming te worden gehandhaafd. De gemeente en de concurrent-inschrijvers moeten hierop kunnen vertrouwen. Aangezien het veelal om interne maatregelen van de desbetreffende onderneming gaat, is controle hierop door de gemeente en concurrent-inschrijvers lastig te realiseren. Nu vertrouwen een dermate grote rol speelt, dient er een stevige sanctie te staan op beschaming van dat vertrouwen. Om die reden zal de gemeente het handelen in strijd met een goedgekeurd Belangenbeschermingsplan beschouwen als een ernstige fout in de uitoefening van het beroep in de zin van artikel 41, richtlijn 2014/24 (Aanbestedingsrichtlijn Werken, Leveringen en Diensten). Dit betekent dat de desbetreffende onderneming door de gemeente zal worden uitgesloten bij deze en volgende aanbestedingen van de gemeente. De uitsluiting c.q. de periode van uitsluiting zal proportioneel zijn.